



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 1 3 / 1 9 9 9

La Laguna, a 10 de febrero de 1999.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por M.Y.M.S., como consecuencia de las presuntas lesiones derivadas de los servicios de asistencia sanitaria dependientes del Servicio Canario de la Salud (EXP. 69/1998 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. Tiene por objeto el presente dictamen, solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno de Canarias, la Propuesta de Resolución (PR) de un procedimiento de reclamación de indemnización patrimonial por presunta responsabilidad de la Administración autonómica. De la naturaleza de dicho procedimiento se deriva la legitimación del órgano solicitante, la competencia de este Consejo Consultivo y la preceptividad de su dictamen, según los arts. 11.1 y 10.6 de la Ley territorial 4/1984, de 6 de julio, del Consejo Consultivo, en relación este último precepto con el art. 22.13 de la Ley orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, y 12 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

2. El parámetro normativo al que ha de ajustar este Consejo su parecer se integra por el Derecho autonómico aplicable al respecto [cfr. art. 32.10 del Estatuto de Autonomía, y las Leyes territoriales 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración pública de la Comunidad autónoma de canarias, 14/1990, de 26 de julio, de régimen jurídico de las Administraciones públicas de canarias y, sobre todo,

* **PONENTE:** Sr. Trujillo Fernández.

11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria de Canarias, y el Reglamento de organización y funcionamiento del Servicio Canario de Salud, aprobado por Decreto 32/1995, de 24 de febrero] y, asimismo, el Derecho estatal igualmente aplicable [concretamente, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y el referido RPRP, así como la ordenación sectorial reguladora del servicio, de carácter básico, contenida en las Leyes 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) y 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU)]. En la interpretación de este complejo referente normativo se ha tenido en cuenta, como más adelante se indica, la doctrina jurisprudencial más reciente sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

3. Se cumplen los requisitos de legitimación activa, al pretender el reclamante el resarcimiento de un daño de carácter personal, cuyo origen imputa a la asistencia sanitaria que le fue prestada por un Centro perteneciente al Servicio Canario de Salud. La legitimación pasiva corresponde a la Administración de la Comunidad autónoma, en cuanto titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el hecho dañoso. La competencia de la Secretaría General de dicho Servicio para instruir y proponer la resolución y la del Excmo. Sr. Consejero de Sanidad y Consumo para adoptar la resolución que proceda resulta de los preceptos reiteradamente invocados por este Consejo -tanto del Derecho autonómico canario [Decretos territoriales 212/1991, de 11 de septiembre, sobre organización de los Departamentos de la Administración autonómica, y 32/ 1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Servicio Canario de Salud, la Ley territorial 14/1990, de 26 de julio de régimen jurídico de las Administraciones públicas de Canarias] como del Derecho estatal [Ley 30/1992 y Real Decreto 429/1993, por el que se aprueba el RPRP ya citado]- al fundamentar dictámenes equivalentes *ratione materiae* al que ahora se emite. La reclamación se ha presentado dentro del plazo normativamente previsto, siendo económicamente evaluable y personalmente individualizado el daño por el que se reclama.

Se ha incumplido el plazo de resolución previsto en el art. 13.3, RPRP, sin que conste que la Administración haya hecho uso de las facultades de las que dispone a los efectos de su ampliación (arts. 42.2 o 49.1, de la Ley 30/1992 citada), por lo que pudiera ser de aplicación el precepto del art. 42.3 de la misma. Sin embargo, no constando que la emisión de certificación de acto presunto desestimatorio, ni que, en conexión con ello, el interesado hubiese procedido a la defensa jurisdiccional de

su derecho (cfr. arts. 44, Ley 30/1992, cit. y 13.3, RPRP), la Administración está obligada a resolver (art. 44.1, Ley 30/1992, cit.)

II

Los daños cuyo resarcimiento se pretende se describen por la reclamante, M.Y.M.S., del siguiente modo: a) como consecuencia de una intervención quirúrgica [“artrodesis D-IV, D-XI con sistema Isola + injerto óseo”], cuyo resultado fue un éxito, se le apreció “una paresia de la mano izquierda por la que ha debido acudir al servicio de rehabilitación; b) le ha quedado como secuela, entre otras, “la atrofia de la eminencia tenar con hipertrofia de la mano izquierda especialmente C-VII, D-I”. Se aduce que los padecimientos que sufre tienen su origen en la culpa o negligencia en la vigilancia durante la intervención quirúrgica, por cuanto al estar anestesiada la paciente durante las seis horas que duró la intervención, sin que el responsable de su cuidado se percatara de la caída del brazo izquierdo, sin estar sujeto a la mesa de operaciones, ni controlado por el personal competente.

La Administración por su parte entiende que no ha sido vulnerado el derecho a la asistencia sanitaria de la reclamante ni se le han irrogado daños reales y antijurídicos, porque la operación que se le practicó en la dolencia que padecía en la espalda fue un éxito y no existe relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la citada asistencia sanitaria y las secuelas por las que se reclama.

Por consiguiente, concluye la Administración, no ha habido daño antijurídico, ni existe la relación de las características indicadas entre la operación quirúrgica de artrodesis, el control llevado a cabo durante la intervención y las secuelas por las que se reclama.

III

1. El servicio sanitario es un servicio público y, además, quienes reciben sus prestaciones pueden perfectamente ser calificados como usuarios del mismo, de acuerdo con las previsiones de la LGS y la LGDCU. Por consiguiente, los ciudadanos que por alguna razón sean atendidos por el SCS, tienen asimismo el derecho a ser indemnizados por los daños que, eventualmente, se produzcan por causa de su funcionamiento en tanto que ciudadanos y, al propio tiempo, usuarios del mismo (cfr. arts. 1 al 3, LGDCU; 1, 3, 9 y 10, LGS y concordantes de la Ley autonómica 11/94).

Por consiguiente, la responsabilidad del prestatario -la Administración autonómica a través del SCS- es igual de "objetiva" que en cualquier otro servicio, respondiendo, en consecuencia, por los daños que se ocasionen al usuario que éste no deba soportar, de acuerdo con las normas que disciplinan ese servicio. Y ello, tanto por su funcionamiento normal, incluyendo el caso fortuito, como anormal, tanto los supuestos de dolo como los de negligencia; pero siempre que, en efecto, la lesión sea consecuencia del funcionamiento de aquél, sin interferencia inmediata, exclusiva y absoluta del propio afectado o de un tercero, aunque sin perjuicio de los casos de responsabilidad matizada o compartida, no respondiéndose tampoco cuando el hecho lesivo pueda ser calificado de fuerza mayor, sucediendo de forma totalmente imprevisible o por causa irresistible o imposible de evitar.

Es cierto que en el funcionamiento de este servicio ha de distinguirse entre la concreta atención médica y las restantes prestaciones, más o menos relacionadas con aquélla, e incluso entre el tratamiento médico en general y una específica operación quirúrgica. Y que, dada la naturaleza de este servicio y de sus prestaciones, la jurisprudencia ha advertido que, habida cuenta de su finalidad y objeto o de su conexión con una ciencia como es la medicina, la obligación del servicio es fundamentalmente poner, diligente, profesional y razonablemente, medios y condiciones para curar o tratar una lesión o enfermedad, pero no el curar u obtener siempre un resultado curativo. Esto es, debe realizar sus funciones con la concreta finalidad antedicha y sin incurrir en negligencias, malos tratos y errores o descuidos, etc., haciéndolo con los medios y en las condiciones sanitarias y técnicas económica y objetivamente posibles en la actualidad y en este país para la Sanidad, sin que tampoco puedan existir al respecto diferencias importantes o determinantes según el carácter público o privado del prestatario de aquél.

Asimismo, contemplándose jurídicamente la fórmula a seguir mediante la previsión de una precisa y obligada información al paciente-usuario y el consentimiento de éste para proceder (cfr. arts. 9 y 10.5 y 6, LGS), no puede olvidarse que el afectado asume, congruentemente con el objeto y fin de este servicio, un cierto riesgo en cuanto se le da a conocer su caso, con diagnóstico y pronóstico, su adecuado o procedente tratamiento y la opción entre posibles alternativas, con sus eventuales resultados curativos y riesgos inherentes. Y que, en definitiva ha de aceptarse la realidad del fracaso o del éxito limitado del tratamiento, así como la de un desenlace inevitable debido al riesgo objetivo de aquél, o la producción de secuelas derivadas del tratamiento o intervención

correspondientes que, cuando son médicamente procedentes han de asumirse y aceptarse por el afectado, porque se le advierte de esa posibilidad, siendo su aparición no segura, tratable y desdeñable en relación con el beneficio que se busca con el tratamiento o intervención, o bien, cuando se procede sin su consentimiento en los casos extraordinarios legalmente determinados (cfr. art. 6.a), b) y c), LGC).

2. En consecuencia, en este contexto, el afectado por un daño o lesión con motivo de la asistencia prestada por la Administración sanitaria, ha de probar no sólo que tal daño es efectivo y que se produce en el ámbito del funcionamiento del servicio, sino que existe efectiva conexión entre ese funcionamiento y el daño sufrido, produciéndose el hecho lesivo por una asistencia anormal o indebida, por recibirla sin las exigibles condiciones, atenciones y cuidados, o por caso fortuito, sin imputación de dolo o negligencia pero con exigencia de previsibilidad al efecto. Particularmente, el afectado debe demostrar que la información debida no existió o que no fue correcta; que el consentimiento de la intervención no le fue pedido o dado; que no lo fue en la forma adecuada; o, en fin, que a pesar de realizarse uno y otro correctamente, el tratamiento o la intervención no se hicieron debidamente, lo fueron con fallos o errores colaterales, o las atenciones complementarias o posteriores no fueron procedentes o fueron prestadas de modo inapropiado o incorrecto.

Naturalmente, y sin que ello suponga invertir la carga de la prueba, es claro que a la Administración prestataria del servicio y responsable "objetiva" por ello y por crear, aunque sea limitada y matizadamente según se ha indicado, el correspondiente riesgo para el usuario, le incumbe cierta actividad demostrativa para rechazar la reclamación de indemnización del afectado. En función no solo de la presencia de los supuestos normativos en los que no puede exigírsele responsabilidad por el daño producido en dicho servicio, sino también en relación con las obligaciones que ha de respetar y cumplir su prestatario; al menos respecto a las alegaciones del reclamante y sus argumentos para exigir su responsabilidad y para determinar la cuantía de la indemnización reclamada.

Así, ha de probar en su caso la existencia de fuerza mayor o la producción del hecho lesivo por la conducta del propio afectado o de un tercero, aun cuando ello pueda no eliminar la responsabilidad administrativa de existir deber de custodia o vigilancia y no obste a la eventualidad de supuestos de responsabilidad matizada o

minorada y compartida. Por otra parte, debe acreditar tanto que se proporcionó la información procedente al afectado y que fue la debida o que se le explicó la opción curativa sugerida, con sus posibles consecuencias, y se obtuvo su consentimiento para llevarla a cabo, con intervención incluida en su caso, como que todo ello se hizo de acuerdo con los medios, niveles, requisitos y condiciones médicas exigibles y normativamente previstas, incluyendo internamiento y asistencia posterior. Aspectos todos que, en efecto, tratan de hacer los servicios médicos afectados a través de diversos Informes referentes al caso, con mayor o menor precisión o cuestionabilidad y, en definitiva, éxito en su pretensión.

IV

1. En el caso que nos ocupa, el daño por el que se reclama indemnización aparece como secuela de una operación que se le practica a la afectada para curarle otro problema diferente y no relacionado, en sí mismo, con el que aparece después, estando suficientemente demostrado todo ello en el expediente y, además, con acuerdo entre las partes al respecto y sobre el hecho de que tal secuela existe, que la misma tiene cierta consistencia y unos cortos determinados efectos en una parte del cuerpo de la interesada y, por ende, en su capacidad de usar aquélla.

Por demás, la afectada no cuestiona, ni deduce de ello la procedencia de su derecho indemnizatorio, el trato o el tratamiento recibido, con información y opciones o consentimientos incluidos, ni tampoco la operación por la que pasó, informada y consentidamente de modo adecuado y suficiente, al menos en su opinión y, por supuesto, en la de los médicos que intervienen, ni, en fin, el cuidado o asistencia postoperatorio, el análisis de la secuela producida o la rehabilitación para tratar de superarla.

Lo que entiende indebidamente realizado -siendo ésta la causa de la secuela que indebida e innecesariamente se le produjo y, con ella, sus problemas físicos consiguientes, con eventual repercusión en su trabajo-, fue la realización misma de la operación en cuanto que, por descuido o por cualquier otra razón no previsible y/o corregible, le hizo estar en una posición no requerida durante un largo tiempo, suficiente para ser causa de tal daño. Se trataría, pues, de una lesión por secuela que no aparece como riesgo asumible resultante de la intervención que debe practicársele para su curación y que tampoco es aceptable como inevitable

consecuencia de la curación del mal más grave que con ella se logra, no existiendo necesaria conexión entre una y otra ni tampoco consentimiento suyo al respecto.

2. El órgano instructor, a la vista de lo alegado y demostrado por la afectada - que presenta al respecto informes médicos sobre su caso, operación, secuela, rehabilitación y defectos que se le quedan como insuperables-, y de lo informado por los servicios médicos que participaron a lo largo del supuesto y, concretamente, en la operación de referencia, tratándose de apoyar en diversas argumentaciones y fundamentos jurisprudenciales, decide proponer la desestimación de la reclamación planteada al no concurrir los requisitos para su prosperabilidad.

En definitiva, visto el expediente y lo hasta aquí razonado, lo determinante en este tema para conocer la posible exigencia de responsabilidad y convenir en la procedencia de declarar o no el derecho indemnizatorio de la afectada, estimándose o rechazándose su reclamación, aunque en el primer caso pueda no tener la indemnización la cuantía en aquella fijada, es atender a los siguientes datos disponibles.

- Estando probado el daño, que éste es una secuela que aparece como un problema de tipo neurológico asociado a una *plexopatía* y que ésta es causada por un *estiramiento postural* que, a su vez, se conecta con la operación sufrida por la afectada, no lo está que ese estiramiento se produjera, no por la postura que necesariamente tuvo que tener la paciente para ser debidamente operada y durante el tiempo apropiado para ello, sino por la razón que dice la reclamante. Es más, existen elementos informativos para entender razonablemente, máxime sin esa prueba, que no existió estiramiento del brazo y que la debida postura se mantuvo en toda la operación. Esto es, que, debiendo demostrarlo, la reclamante no prueba, ni presenta información suficiente para estimarlo posible o presumible contra la disponible que lo niega o cuestiona, que el estiramiento y subsiguiente *plexopatía*, con su consecuencia dañosa e insuperable, se debiera a una indebida y no atendida posición innecesaria y contraindicada de su brazo. Y tampoco prueba, ni lo intenta siquiera en absoluto, que no fuese precisa la postura operatoria o el tiempo que debió estar en ella.

- Está demostrado, no aportando la reclamante prueba o información en contrario que lo rebata o cuestione, que la operación fue un éxito y que, por tanto, la postura y el tiempo para hacerlo fueron correctos, en cuanto a la

sanación del mal que debía ser atajado con ella. Tampoco consta que la información al respecto no se hiciera o se hiciera erróneamente, ni que el consentimiento de intervención como tratamiento corrector del mal a sanar no se hiciera conociendo los términos y la técnica de operación, sino que más bien la reclamante admite hechos y bien hechos ambos trámites, asumiendo el riesgo que comporta la intervención *per se* o, al menos, como eventualidad que pudiera aparecer en forma de secuela en la corrección del mal mayor que sufre. Tan sólo podría argüirse que, aún así, el daño producido es indemnizable si el reclamante demostrara que el tratamiento informado fue incorrecto, que la intervención consentida no fuese necesaria como medio curativo, o que se le ocultó su posible riesgo para optar por otro medio o no usar éste. Pero sucede no sólo que todo esto no se demuestra, sino que el reclamante no pone en duda la corrección de lo actuado.

- Por lo tanto, en estas concretas y específicas condiciones, es claro que no puede exigirse responsabilidad al prestatario del servicio y que, aun existiendo daño y conectándose el mismo con el funcionamiento del servicio, el riesgo de su aparición en el tratamiento era razonable, se plasma de modo inevitable en la práctica al deberse alcanzar el fin perseguido y obtenido de una forma determinada, y es sí asumido por el afectado.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución es ajustada a Derecho en cuanto no procede declarar el derecho indemnizatorio por el que se reclama por no estar probada la causa que, según la reclamante, genera el problema físico que padece.